

## 〈論 説〉

## ゴルフ預託金無期限償還化管見

宇 田 一 明

## 目 次

- 第1 検討の目的とその意義
- 第2 民法に基づく永久償化とその問題点の検討
- 第3 発行する証書の法的性質に関する検討
- 第4 永久償化の政策的根拠と法制
- 第5 結語

## 第1 検討の目的とその意義

預託金の法的性質は消費寄託金であるという考え方が一般的であり、本稿もこれを前提として執筆する。その理由は本稿第2において述べる<sup>(1)</sup>。

そこで、この前提に立てば預託金の据置期間が到来し会員から約定の償還手続きを経て返還を求められれば、特別の事情変更（天災地変や著しい経済変動等）が認定されない限りは返還しなければならないことになる。しかし、ゴルフ場の場合には、受託者であるゴルフ場経営会社（以下、会社という。）は消費寄託された預託金をゴルフ場の造成費用と開場資金（以下、造成費等という。）として費消するが、他方でゴルフ場の利益率は極めて低率でしかないから<sup>(2)</sup>、ゴルフ場には償還すべき資金はプールできず、償還額が巨額であればあるほど（バブル期におけるゴルフ場造成費は100億円を超えていた）、又、それが一斉ないしは集団的な償還請求であればあるほど返還には応じられないことになる<sup>(3)</sup>。そこで、会社が経営を継続するには償還請求に対する方策を立てることが必須で

ある。ゴルフ場は預託金償還債務の有期限延長や無期限延長（無期限延長は本稿において検討する永久債化である）、事業譲渡、会社分割、株式化、民事再生・会社更生等々の法的手続に頼らなければその存続は難しい。

ところで、預託金償還対策として考えられる民事再生や会社更生による手法は倒産手法に他ならないし、事業譲渡、会社分割や株式化による存続もほとんどの場合現経営陣の退任は必至である。そこで、もし、預託金の据置期間を有期限型から無期限型に転換する手法によることができれば、すなわち、償還を会社清算時に行うということが法的にも可能であればゴルフ場の破綻・消滅は回避でき、会員のプレー権も確保でき、又、会員は清算時にはあるが預託金の返還を受けられる地位を確保できることになる。現経営陣も現役として程度の差はあれ生き残ることができる。そして、清算時までの間（一般には預託金の据置期間は10年であるから10年の間に）、会社と会員との諸々の努力により、収益が上げられるゴルフ場を創造できれば、会員権の市場価額の上昇が齎されることになるから、会員は会員権を市場において処分できるようになり、したがって、会社への償還請求はなくなる可能性も生じ得る<sup>(4)</sup>。

永久債化による解決の必要性和その模索は10年以上前から続けられていた<sup>(5)</sup>。本稿は、有期限型償還債務であった預託金償還債務を無期限型の預託金償還債務に転換する方策について、法的に問題がないか否か検討するものである。800といわれるゴルフ場が預託金償還問題で苦しんでいる<sup>(6)</sup>。こうしたゴルフ場の存続を可能にし、その会員、従業員や納入業者等の救済に一役かうことになればとの願いがある<sup>(7)</sup>。

## 第2 民法に基づく永久債化とその問題点の検討

### 1. 預託金償還債務の永久債化

- (1) 預託金償還債務の永久債化の意味は現在の有期限預託金償還債務を無期限（会社清算時）償還債務へ変更することを意味する。
- (2) これを契約という観点から表現すれば、有期限預託金償還契約を無

期限預託金償還契約へと契約内容を変更することである。したがって、これは会社と会員間で締結していた償還期限を変更する一種の和解契約を締結することを意味する。

ア　ところで、会員契約は元来が会社と会員との個別の契約であるから<sup>(8)</sup>、会社からの和解提案に合意しなかった会員との契約内容は依然として有期限預託金償還契約として存続することになる。したがって、もし無期限預託金償還契約の達成率が低ければそれは有期限預託金権利者の率が高率であったことを意味する。したがって、永久債化に当たっては無期限預託金償還契約の高達成率の事前の見通しが永久債化成功の鍵を握ることになる。

## 2. 永久債化との関連で検討すべき法的諸点

### (1) ゴルフ預託金の消費寄託金性の検討

ア　民法 666 条の消費寄託に関する規定は、「受寄者が契約により受寄物を消費することを得る場合においては消費貸借に関する規定を準用す。」としている。そして消費寄託の典型例は銀行預金であるとされており<sup>(9)</sup>、受託者は使途目的も使途先もともに拘束されず、受寄物を自由に費消できる。

しかし、ゴルフ預託金は、預託金会員のための造成費等として費消される（会社側からいえば、もちろん完成させたゴルフ場においてプレーをしてもらうためであり、プレーの結果、経営者の究極の目的が達成される）。すなわち、会員が会社へ拠出した預託金は会員にプレーをしてもらうために造成費等として費消されるから、費消目的も費消相手も会員に向けられている。

このようにゴルフ預託金の法的性質は典型例とは著しく異なり、この限りでは消費寄託契約の範疇外と言わざるを得ないと考えられる。

イ　では、消費寄託契約ではないとすれば役務型のどの契約に属するのであろうか。民法に定める役務型の契約には寄託の他に雇用、請負及び委任があるが、一瞥して判るように請負の性質を有するように考え

られる。しかし、請負は仕事の目的物の引渡しを要件とするがゴルフ場の場合には造成したゴルフ場の所有権は会社に帰属し返還を要しないから、請負とは異なる<sup>(10)</sup>。

では、委任であろうか。そうでもない。準委任を含む委任のそれは仕事の完成を目的とするわけではない<sup>(11)</sup>からである。

ウ 以上の検討から得られる結論は、ゴルフ預託金契約は民法の定める役務型の契約類型である寄託、雇用、請負及び委任から食み出た契約であり、敢えていえば消費寄託と請負の混合した性質を有する無名契約ということになろう。

ただし、現行法に基づく解釈論からすれば、役務型の契約の中では結局消費寄託の範疇に含めて考えることになる。その理由は、民法 666 条及び同条が準用する民法 587 条は、受寄された物の費消目的や費消先を限定した契約の場合を排除する規定を設けていないからである。

## (2) 永久債契約の純粹随意契約性の有無の検討

ア 民法 134 条は、「停止条件付法律行為は、その条件が単に債務者の意思のみに係るときは、無効とする。」と規定している。

イ 純粹随意契約が無効であるのは、債務者（本稿では会社）の一方的な意思のみに係る停止条件であるからである。「預託金を私が返したいときに返す。」とか「気が向いたらゴルフクラブをあげよう。」といった合意がその例である。しかし、永久債契約の場合、会社は清算時に返還する意思で契約を結ぶから、会社の一方的意思に係わせた契約ではない。ただ、清算時には残余財産は残っておらず清算時返還は空論に過ぎないという反論はあろうが残余財産の有無による反論は結果論に過ぎず、会社と会員は清算時返還契約を究極の選択肢としたと理解できる。

## (3) 清算時償還契約の出資法違反性の有無の検討

ア 出資法 2 条 2 項は「預り金」につき、不特定多数の者からの金銭の受け入れであって、①貯金または定期預金の受け入れ、②社債、借入

金その他いかなる名義をもってするかを問わず、①に掲げるものと同様の経済的性質を有する「預り金」である場合には出資法違反に問うとする規定を置いている。そこで、ゴルフ預託金は出資法上の「預り金」に該当し、これを預けられた会社は出資法違反に問われるか否かという問題が考えられる。

イ しかし、否である。会社は、出資法2条2項がいう金銭の受け入れだけを行うわけではなく受け入れた金銭を元手としてこれを拠出した会員のためにゴルフ場施設を造成・完成させ、会員に施設を提供してプレーをさせるという役務を同時に負っている。すなわち、会社と会員間に結ばれている会員契約は双務契約の性質を有しているからである<sup>(12)</sup>。

### 第3 発行する証書の性質に関する検討

#### 1. ゴルフ預託金証書の法的性質

ア 現在、発行されているゴルフ預託金証書（以下、証書という。）は、その呼称はともかく（ゴルフ会員券、ゴルフ預託証券、ゴルフ預託証書、会員証、入会証書、保証金預託証書、会員資格保証金証書等々と称されている）、預託金制のゴルフ場が現に発行している証書は一定の据置期間経過後に元本の返還を約束すると記述されて発行されている。その証書の法的性質に関しては異説がなかったわけではないが、今日では証拠証券であって有価証券ではないとされており、証拠証券説が定説となっている<sup>(13)</sup>。

それは売買契約書や領収書等と同様の性質のものであり、権利関係を表章・化体しているものではなく、権利関係の存在を外側から証明するというだけの権利の一証明手段としての機能しか有していない。したがって、この証書を喪失しても会員権を失うわけではないし、この証書の譲渡・移転によって会員権という権利が譲渡・移転されるわけでもない。

イ 例えば、証書を喪失した者が会員であるか否かが争われた場合、証

書を喪失した会員は会員であるという証明手段の一つであったその証書を喪失したのであるから証書を通じては会員である地位を証明できないが、会員であることを他の証明手段により証明できれば(例えば、年会費を支払っているとか当該ゴルフ場のハンディキャップを取得しているとか会員である者しか参加できない月例競技会に参加している等々によって証拠立てられれば)、証書がなくても会社は当人を会員権者として処遇しなければならない。それ故、証書の喪失が会社と会員間の権利義務を左右するものではない<sup>(14)</sup>。

## 2. 永久債化と発行する証書の法的性質

既に述べたように、預託金の返還につき永久債化するという意味は預託金償還を清算時に行うという意味であり、これまで預託金制ゴルフ場が預託金を有期限にて返還すると約束していた契約内容を会社と会員との合意に基づき今後は会社の清算時に返還するというように契約内容を変更することを意味する。それは、会社と会員の合意に基づき、既発行の証書上の預託金の返還時期を有期限から無期限すなわち清算時へと返還時期に関する契約内容を変えるだけのことであるから、発行される証書に関してもその性質が変わるわけでもない。

したがって、既存の証書上の返還期限を抹消し、新しく「清算時返還」というように書き換えれば済む。

## 3. 永久債と永久社債券との関係

- (1) 永久債は、会員側からみれば永久債権、会社側からみれば会社清算時債務のことである。すなわち、無期限型預託金償還債権・債務(清算時償還債権・債務)である。したがって、この債権・債務は無期限型預託金償還契約を会員と会社が締結したときに発生する。そして、この目視できない契約関係を目視可能な証書によって書き表しておくことにしたものが預託金証書である。

もちろん、証書に社債としての有価証券性を化体させて発行させる

こともできる。これが有価証券である永久社債券である。

(2) 有価証券としての永久社債券の発行の必要性

ア 会社法は、会社法上のすべての種類の会社が社債を募集形態により発行することができるとし、永久社債券を発行する旨を定めた会社はこれを発行した日以後遅滞なく、社債券を発行しなければならないと規定しているから(会社法 676 条)、ゴルフ会員権を表章する永久社債券も当然に発行できる。

イ しかし、既に述べたように、預託金償還対策としては清算時償還への契約内容の変更、すなわち、会社と会員との償還期限の変更に關する一種の和解契約による方法が実態に合致していたし、また必要不可欠でもあった。そこで、本稿では紙幅の関係から永久社債券に関する議論は割愛する<sup>(15)</sup>。

## 第 4 永久債化の政策的根拠と法制

### 1. 永久債化の政策的根拠

政策的根拠は、1997（平成 9）年 7 月 31 日の金融・証券分野における規制緩和の一環として「永久債」を適法とする措置が講じられたこと、すなわち、償還期限は不確定期限としてもよいと認められるに至ったことが永久債容認の政策的根拠である<sup>(16)</sup>。

許容された当初は、金融機関等が国際決済銀行基準 (BIS) をクリアーする必要から自己資本比率の引き上げのために発行する社債しか認められていなかったが今日では各界の需要からその発行は広がった。

### 2. 永久債化とその法解釈

- (1) 金融庁が「永久債を適法とする措置」を決める前の商法 (旧) 301 条 1 項 6 号は社債申込証の用紙への記載事項として「社債償還の方法及び期限」等を書かせていた。しかし、期限については「清算時を償還期限とする」という文言では「期限」を定めたことにはならないと考えられ、したがって永久債は商法違反になると解されていた。また、



平成 18 年 5 月 1 日から施行された現行会社法 676 条は旧商法の規定内容を踏襲し、同条 4 号は「募集社債の償還の方法及び期限」というように旧商法同様に定めたから永久債の発行は認められていなかった。

しかし、上で述べたように、金融庁は永久債を解禁したことから、「清算時を償還期限とする」社債（永久債）も法的に認知されることとなり、その後は社債権者に種々の付随的な権利を付与するものや利率・償還に関する特約を付ける等の社債が発行されるに至った<sup>(17)</sup>。

- (2) このように政策が先行する形で社債である永久債が法的に認知されることとなったことから、一般に、永久債契約の有効性が認知されたこととなり、本稿の課題である預託金の清算時返還契約も認められることになった。
- (3) ただし、既に検討したように、ゴルフ場の場合、会社が償還期限を清算時とする必要性は会社の倒産回避策であったからこれを実現できればよく、したがって、会社が発行する証書に永久債権を化体させ、有価証券化する必要は全くなかった。

## 第 5 結語

預託金は拋出者である会員が会員としてプレー権を得るためにゴルフ場へ拋出した金銭であって、会社はこの預託金を投入してゴルフ場を造成・開業するから、預託金を有期限に返還するためにはゴルフ場を担保化して相当額を借り入れるかゴルフ場の売却等により資金を確保するしかなく、これら以外の方法では償還原資の確保は難しい。100 億円を超える造成費を必要としたバブル期に造成されたゴルフ場の場合にはなおさらであった。

ゴルフ場は元来永続性を前提として造成され、しかも預託金制ゴルフ場の場合には会員権の譲渡や相続を認めるのが一般的であるから、預託金の有期限返還のためにゴルフ場を担保化したり、売却等しなければならないということはそもそも矛盾がある。本稿は、この矛盾を明らかに



するとともに永久債化は現行法制とも矛盾しないことを論じたものである。

預託金の永久債化すなわち無期限償還債務型への転換ということは、預託金を償還期限に返還しなければならない債務から逃れるための便法であると受け止められ猛烈な抵抗が当然に予測できる。しかし、永久債化によるメリットは会社及び会員の双方にとって大きい。なぜなら、プレー権が維持でき、会社清算時までの会社及び会員の協力によりゴルフ場の質が高められればゴルフ場の価値が上がり会員権価額も上昇し、その結果、清算時償還の度合は限りなく少なくすることができると言えるからである。そこで、会社は、特に会員に対し、積極的に代償措置、経営の民主化・理事会の民主化策、ディスクロージャー、預託金の本質論、預託金会員制事業の意義等々の説明を通じ、説得する必要が必須である<sup>(18)</sup>。

その説得の原点は、本稿の預託金償還問題に関する議論から判ったように、会社と会員とは好むと好まざるとに関わらず運命共同体を構成しているということ、すなわち、会社と会員は航空機に乗っているということであり、この共通認識の度合いが高ければ高いほど、永久債化の実現の可能性は高いということになろう。

## 注

(1) これを定める民法 666 条は「受寄者が契約により受寄物を消費することを得る場合においては消費貸借に関する規定を準用す、ただし契約に返還の時期を定めざりしときは寄託者は何時にても返還を請求することを得」と定め、準用している民法 587 条は「消費貸借は当事者の一方が種類、品等及び数量の同じき物をもって返還をなすことを約して相手方より金銭その他の物を受取るに因りてその効力を生ず」と定めており、このような包括的な定め方をしている以上、ゴルフ預託金のような使途先や使途目的がともに特定され、しかもその宛先が預託金抛出者である場合をも含むと考えざるを得ないためである。本稿第 2 において検討する。

(2) 降旗貞夫「ゴルフ場業界における預託金償還問題の現状と今後について（永久債化への前提的検討）」社団法人日本ゴルフ場事業協会預託金償還対策部

会『預託金償還対策としての「永久債」に関する研究報告』8頁(平成23年11月)の「ゴルフ場関係諸係数一覧」参照。

(3) 降旗・前掲注(2)17頁では、預託金制を他の制度に変える場合にはそれがいかなる制度であろうとも僅か5～10%の反対があれば変換は難しいと述べておられる。

(4) 拙稿「ゴルフ場とゴルフ会員—二人三脚のすゝめ」ゴルフ場セミナー40巻11号21頁(巻頭言)(2007)では、会社と預託金会員の運命共同体性を述べた。

(5) 例えば、服部弘志「究極の選択・永久債による最終的解決を探る」ゴルフ場セミナー34巻1号38頁(2001)、遠山隆重「永久債と共同法人は、21世紀ゴルフ場のディフェクトスタンダードになる」ゴルフマネジメント205号48頁(2001)、西村國彦「預託金問題でクローズアップされる『永久債』という新システム」ゴルフマネジメント199号38頁(2001)、降旗貞夫「据置期間の延長論ではなく永久債、中間法人の採用を」ゴルフ場セミナー35巻6号47頁(2002)、宇田一明「ゴルフ預託金の法的本質—清算時預託金返還請求権論—」ゴルフの科学16巻1号41頁(2003)。

(6) ゴルフ場数の推移や経営実態等は、降旗・前掲注(2)1頁以下参照。

(7) 前掲注(2)に引用した社団法人日本ゴルフ場事業協会預託金償還対策部会刊の報告書は、この目的を達成するために続けられた研究会の成果を編んだものである。拙職も研究会のメンバーとして参画、その成果である同報告書では、「第3章 預託金の償還対策としての永久債の民法・会社法上の問題点」を執筆した。また、この研究を基盤に据え啓蒙・奨励目的で2回行われた「預託金償還対策としての『永久債』に関する研究会セミナー」(社団法人日本ゴルフ場事業協会主催。東京会場「東京ステーションコンファレンス」及び大阪会場「大阪千里阪急ホテル」)において、拙職はパネラーとして参画した。

本稿はこうして得た成果に依拠し、また、これまでの拙職の研究(例えば、拙著『ゴルフ預託金返還問題の法的検討』(中央経済社、2001)を踏まえて執筆したものである。

(8) 会員契約は会社と会員集団との一つの契約のように考えられ勝ちであるが、本文において述べたように、会員全員を構成員とした法人格を有する存在ではない限りは、例えば会社が償還期間の延長を希求する場合にも会員一人一人から延長の承認を得なければならない。

(9) 内田貴『民法Ⅱ・債権各論』307頁(東京大学出版会、第3版、2013)。

(10) かつて筆者は、拙著前掲注(7)21頁において、ゴルフ預託金はゴルフ場建設工事請負金類似の性質を有すると書いた。何故このように書いたのか。それは、ゴルフ預託金はゴルフ場造成に費消する目的で預託され費消されることから償還資金とすべき預託金はゴルフ場に固定化しているため、会社が会員の集団的で一斉の償還請求に応じるためにはゴルフ場の担保化や売却等による

しか償還原資を確保できず、したがって、元来、永続を前提とするゴルフ場の性質からはゴルフ預託金の償還資金性は否定されなければならないと考えたためである。

(11) 内田・前掲注(9) 289頁。なお、ゴルフ場の場合には会社はゴルフ場を完成させる義務を負っているにも関わらず完成させたゴルフ場の所有者は会社にある。

(12) 双務契約性を根拠付ける立法及び判例は次のとおりである。

1. 立法 会員契約適正法2条1項は、会員契約について、「当事者の一方が相手方に対してゴルフ場その他スポーツ施設又は保養のための施設であって政令で定めるものを継続的に利用させる役務（以下「指定役務」という。）を提供することを約し、相手方がこれに応じて政令で定める金額以上の金銭を支払うことを約する契約をいう。」と定義していること。

2. 判例 最判平成12年2月29日民集54巻2号553頁は、「預託金会員契約は主として預託金の支払いとゴルフ場施設利用権が対価性を有する双務契約である。」としている。

3. 以上のように立法及び判例は、ゴルフ場は出資法が規制する「不特定多数からの金銭の受け入れ」を片務的に行う者ではなく、預託金拠出者に対する拠出に見合う対価として役務の提供を義務付けているから、出資法違反ではないという立場と考えられる。

(13) 例えば、服部弘志・服部和良編『ゴルフクラブ等会員契約の法律相談』164頁（青林書院、1995）。有価証券か否かが論争になっていたことがあり判例も公示催告手続との関係とはいえ有価証券説を採ったことはなかったわけではない（東京地判平成2年7月25日金商861号30頁）。しかし、証拠証券説が定説である（最判昭和57年6月24日判時1051号84頁）。有価証券か否かを整理・検討した論稿として、拙著・前掲注(7)『ゴルフ預託金返還問題の法的検討』16頁以下の「ゴルフ会員券の非有価証券性」参照。

(14) 預託金証書は法的には証拠証券に過ぎず有価証券ではないからこの証書のみによっては会員権の売買等により債権の回収はできない。ただ実際には会員権取引業者を介して通常は次のように取り引きされている。すなわち、取り引きに際し、証書の他に、現会員の退会届、名義書換請求書、印鑑証明書、会員証（パス券）等とともに証書を会員権取引業者を介して会員権購入者に引き渡す方法がそれである。したがって、このような商慣習から、発行する証書を有価証券としなくても実際には会員権を流通・移転でき、債権回収上の困難性は回避されている。例えば、藤井英男・古賀猛敏『ゴルフクラブ会員権の法律知識』163頁以下（青林書院・1990）参照。

(15) 拙稿・前掲注(7) 32頁において触れている。参照いただきたい。

(16) 金融庁『わが国金融システム改革について』中の「適法性が確認された永

久債の発行—金融・証券分野の規制緩和の進展状況」商事法務 1466 号 46 頁参照。

(17) 江頭憲治郎『株式会社法』662 頁、744 頁以下（有斐閣、第 4 版、2013）参照。

(18) 降旗・前掲注（2）6 頁以下、拙稿・前掲注（7）31 頁以下。

\*私は、吉川日出男先生よりも、年齢が少し高く、着任時期も少し早かったが、当時はまだ法律関係の教員が少なかったこともあり、例年公務多忙が続いたため、元来がさつきな上にいつも反芻する時間の余裕もなく、先生には何一つ参考にしていただけるようなことはできなかった。お詫びしたい。にもかかわらず現在もお会いして親しく話させていただいている。先生の心の広さのたまものであると感謝している。

昨 9 月にお会いした際、論文として書きたいことがあるとおっしゃっておられた。定年により集中できる立場になられたから、少し休み、存分に書き続けられることを切望している（名古屋にて、2013 年 12 月 28 日筆・宇田）。